مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شمارهٔ پیاپی ۱۰۰
بهار ۱۳۹٤، ص۱۴۲– ۱۱۹

بررسی فقهی حقوقی حاجبیت یا عدم حاجبیت «حمل»* در حجب اخوه نسبت به مادر

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان[۱]
دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: ghaboli@um.ac.ir
سید جمال الدین موسوی تقی آبادی
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد
Email: sa.mousavitaghiabadi@stu.um.ac.ir

چکیده

برادران و خواهران متوفی با شرایطی می‌توانند موجب حجب نقصانی و نیز حجب از رد، نسبت به مادر متوفی گردند. مسأله حاجبیت اخوه نسبت به مادر در فقه امامی مستند به آیه شریفه یازده سوره مبارکه نساء بوده و در حقوق موضوعه ایران نیز به موجب بند ب ماده ۸۹۲ قانون مدنی مقرر گردیده است. در این میان با توجه به عدم تصریح مستندات مزبور در مورد حاجبیت یا عدم حاجبیت حمل، این سؤال از نظر فقهی و حقوقی مطرح و محل اختلاف است که آیا حمل نیز می‌تواند به عنوان برادر یا خواهر حاجب مادر گردد؟ این جستار با بررسی استدلالی موضوع به روش توصیفی تحلیلی در فقه امامیه و حقوق ایران، ضمن ارائه و نقد ادله ارائه شده برای هر دو احتمال حاجبیت و عدم حاجبیت حمل نسبت به مادر، به این نتیجه دست یافته است که نظریه عدم حاجبیت حمل نسبت به مادر به‌ویژه با توجه به تردید در صدق عنوان برادر یا خواهر (اخوه) بر حمل و تمسک به اصل عدم حجب در فقه امامی و نیز حقوق ایران اقوی به نظر می‌رسد.

کلیدواژه‌ها: ارث، حجب نقصانی، حجب از رد، اخوه، حمل، مادر.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۲/۰۹/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۲/۰۹.
۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از موارد مواجهه با مسأله حجب در حقوق ارث، حجب برادران و خواهران متوفی نسبت به مادر است. در واقع وجود اخوه با شرایطی می‌تواند موجب شود مادر از بردن سهم اعلی خویش و نیز بردن زیادت در صورت تحقق تعصیب[۱]، محروم گردد. این نوع حجب که مستند به ادله فقهی (به ویژه آیه یازده سوره مبارکه نساء[۲]) است، در قانون مدنی به تبع فقه امامی راه یافته و در بند ب ماده ۸۹۲ قانون مدنی منعکس شده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «حجب از بعض فرض در موارد ذیل است:... ب- وقتی که برای میت چند برادر و خواهر باشد در این‌صورت مادر میت از بردن بیش از یک سدس محروم می‌شود مشروط براین‌که: اولاً- لااقل دو برادر یا یک برادر با دو خواهر یا چهار خواهر باشند. ثانیاً- پدر آن‌ها زنده باشد. ثالثاً- از ارث ممنوع نباشد مگر به سبب قتل. رابعاً- ابوینی یا ابی تنها باشند.»

به‌رغم این‌که در مورد اصل حاجبیت اخوه نسبت به مادر تردیدی نیست (در این خصوص به عنوان نمونه رک. سبزورای، ۸۰۹/۳۰؛ فاضل هندی، کشف‌اللثام، ۳۹۸/۹؛ خوانساری، ۳۲۳/۵؛ آل بحرالعلوم، ۲۷۵/۴؛ نجفی، ۸۳/۳۹؛ حسینی عاملی، ۱۰۲/۸) لیکن در مورد برخی از جزئیات آن میان اندیشمندان فقهی و حقوقی اختلاف‌هایی به‌چشم می‌خورد. یکی از این موارد مسأله حاجبیت حمل است. در واقع این سؤال اساسی مطرح است که چنان‌چه در زمان فوت متوفی، حملی[۳] وجود داشته باشد که در صورت زنده متولد شدن به عنوان برادر یا خواهر متوفی شناخته خواهد شد، آیا می‌تواند در بحث حجب مادر نقشی داشته باشد؟ در این مورد در آیات راجع به حاجبیت اخوه، مسأله مورد تصریح قرار نگرفته است. در قانون مدنی ایران نیز تصریحی به حاجبیت حمل نشده است و همین امر زمینه‌ساز بروز اختلاف در این مورد گردیده است.

این جستار در صدد است با بررسی فقهی حقوقی موضوع پاسخی مناسب برای سؤال

۱- مقصود از تعصیب این است که به رغم اعطای سهام و فروض متعلق به هر یک از ورثه، ترکه دارای زیادت باشد. از آن‌جایی که در فقه عامه بر حسب نظر مشهور در چنین حالتی زیادت مزبور به خویشاوندان ذکور پدری(عصبه) داده می‌شود، از آن تحت عنوان تعصیب یاد می‌شود (برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک. جعفری لنگرودی، ارث، ۷۹/۲-۵۲). البته در فقه امامی و به تبع آن در حقوق ایران، زیادت مزبور بر حسب مورد به تمام ورثه موجود در صحنه ارثی یا گروهی از ایشان داده می‌شود و رد به عصبه مورد پذیرش قرار نگرفته است (برای توضیح بیشتر در این خصوص در متون فقهی رک. نجفی، ۱۰۵/۳۹-۹۹؛ فیض کاشانی، ۳۲۶/۳-۳۲٤؛ صدر، ۲۷۸/۸-۲٦٥ و برای ملاحظه موضوع در کتب حقوقی رک. کاتوزیان، ارث، ۱۷۱- ۱٦۸؛ مصلحی عراقی، حقوق ارث، ۱۲٥-۱۲۳).

۲- «... فَإِنْ لَمْ يكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّه الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّه السُّدُسُ...».

۳- برای ملاحظه معانی حمل در عرف و لغت رک. (جعفری بهزاد کلائی، ۱۹-۱۷) و برای دیدن معنای اصطلاحی آن رک. (قبله‌ای خویی، بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین، ۶۰-۵۸؛ جعفری بهزاد کلائی، ۱۹-۱۷).

مزبور بیابد. در این راستا ابتدا موضوع را از نظر فقهی مورد مطالعه قرار داده، سپس به بررسی آن در حقوق موضوعه و دکترین حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

بررسی آرای فقهی

از نقطه نظر فقهی، در مورد حاجبیت حمل در بحث حجب مادر توسط اخوه، دو احتمال قابل تصور است. از سویی، ممکن است اجرای حجب مختص بـه بـرادران و خـواهران تولـد یافته دانسته شود. از سوی دیگر، احتمال دارد برای حمل نیز چنین قابلیتی مورد شناسایی قـرار گیرد. در این راستا هر چند برخی از فقیهـان (نجفـی، ۹۰/۳۹-۸۹؛ طباطبـایی، ۵۳۴/۱۲؛ محقـق سبزواری، ۸۱۱/۲) اعتبار شرط لـزوم تولـد بـرای تحقـق حجـب را از شـهرت عظـیم فتـوایی برخوردار دانسته‌اند و حتی برخی از ایشان (نجفی، ۹۰/۳۹-۸۹؛ طباطبـایی، ۵۳۴/۱۲؛ مجلسـی، ۲۴۹/۱۵؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ صیمری، ۱۷۵/۴) مدعی شده‌اند کـه بـرای احتمـال دوم قـائلی شناخته نشده است؛ لیکن در هر حال مسأله از مسائل غیر قابل تردید نیز به حساب نمی‌آید. بـه همین دلیل احتمال حاجبیت حمل در مسأله مورد بررسی توسط برخـی از فقیهـان (بـه عنـوان نمونه رک. محقق حلی، شرائع، ۸۲۱/۴؛ شهید ثانی، مسالک، ۸۲/۱۳) مطرح شده اسـت. عـلاوه بر این، همان‌گونه کـه برخـی فقیهـان (حسـینی عـاملی، ۱۰۶/۸؛ ترحینـی عـاملی، ۴۵/۹) بیـان داشته‌اند، عدم لزوم تولد برای حاجبیت (یا به تعبیـری منفصـل بـودن اخـوه) در مسـأله مـورد بررسی از ظاهر عبارت مرحوم شهید اول در کتاب دروس (۳۵۷/۲)[۱] قابـل اسـتنباط اسـت. بـه علاوه احتمال داده شده است (حسینی عاملی، ۱۰۶/۸) کسانی که حاجبیت اخوه نسبت به مـادر را مطرح، اما به لزوم تولد یا انفصال اخوه به عنوان شرط حاجبیت تصریح نکرده‌اند، از قـائلان حاجبیت حمل باشند.[۲] با این وصف برای پایان دادن به هرگونه تردیدی در پاسخ مسـأله، لازم است ادله ارائه شده برای هر دو احتمال مورد نقد و بررسی قرار گیرد. بنابراین ابتـدا بـه نقـد و بررسی ادله ارائه شده برای احتمال حاجبیـت حمـل پرداختـه، سـپس ادلـه نظریـه اختصـاص حاجبیت به برادران و خواهران تولد یافته مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- عبارت شهید اول بدین ترتیب است که «فالحمل لا یحجب علی قول». از ظاهر عبارت مذکور که عدم حاجبیت حمل را به گفته‌ای نسبت داده‌اند استنباط می‌شود که حاجبیت حمل نزد ایشان قوی‌تر است.

۲- البته باید توجه داشت، احتمال مزبور ضرورتاً احتمال راجح به شمار نمی‌آید زیرا صرف عدم ذکر شرط انفصال دلیلی بر شرط ندانستن آن نیست و می‌توان آن را از سایر شروط مانند وجود اخوه یا زنده بودن اخوه استنباط نمود کما این‌که برخی از فقیهان (خمینی، تحریر، ۳۷۳/۲؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- الطلاق و المواریث، ۳۶۲) به صراحت همین امر را از شرط زنده بودن اخوه استنباط نموده‌اند.

نقد و بررسی ادله حاجبیت حمل

مهم‌ترین ادله‌ای که برای حاجبیت حمل احتمال داده شده است از سویی صدق عنوان برادر یا خواهر (اخوه) بر حمل و از سوی دیگر تمسک به اصل عدم اشتراط است. در ذیل، ضمن تبیین هر یک از دو دلیل مذکور به نقد و بررسی آن می‌پردازیم.

آ- صدق عنوان اخوه بر حمل

یکی از ادله‌ای که برای پذیرش نظریه حاجبیت حمل احتمال داده شده (نجفی، ۹۰/۳۹-۸۹)، این است که بر حمل عنوان برادر یا خواهر (اخوه) صادق است. در این راستا نه تنها به اعتبار تولد در آینده می‌توان عنوان برادر یا خواهر را بر حمل نهاد بلکه چه بسا در زمان حال نیز حقیقتاً بر حمل عنوان برادر یا خواهر صادق باشد. طبیعی است اگر عنوان برادر یا خواهر یا به تعبیری اخوه بر حمل صادق باشد مسلماً مشمول ادله حاجبیت اخوه نسبت به مادر خواهد بود. اطلاق و عموم لفظ اخوه در ادله حجب[1] نیز ممکن است استدلال مزبور را تقویت نماید. به نظر می‌رسد، در همین راستا است که برخی (نراقی، ۱۳۳/۱۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ صیمری، ۱۷۵/۴؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱) عموم ادله و یا آیه حجب را به عنوان یکی از ادله محتمل ذکر نموده‌اند. زیرا، از توجه به عبارات مذکور چنین استنباط می‌گردد که منظور از «عموم» عموم لفظ اخوه است.

نقد: در نقد این دلیل می‌توان گفت، از سویی صدق عنوان «اخوه» به «حمل» به اعتبار آینده مجاز بوده و از این حیث نمی‌تواند، امکان تمسک به ادله حجب اخوه را فراهم نماید. زیرا استعمال لفظ اخوه در ادله حجب، اصولاً استعمالی حقیقی بوده و نمی‌توان موارد استعمال مجازی لفظ را مشمول آن دانست. به ویژه که حجب در زمان فوت متوفی مطرح می‌گردد و طبیعتاً در همین هنگام باید عناوین لازم برای تحقق آن وجود داشته باشد. در واقع نمی‌توان عنوانی را که در آینده احتمال تحقق دارد، عطف به ماسبق نمود. هم‌چنین صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل به صورت حقیقی و بالفعل، محل تردید بوده و محرز نیست. بدیهی است با ورود احتمال، استدلال مخدوش می‌گردد و به همین دلیل نیز قابل استناد نخواهد بود. به‌علاوه حتی در مقابل برخی از فقیهان (محقق حلی، شرائع، ۸۲۰/۴؛ اردبیلی، ۵۵۹/۱۱-۵۵۸؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۰۰/۹؛ آل بحرالعلوم، ۲۷۹/۴؛ شهید ثانی، مسالک، ۸۲/۱۳؛ محقق سبزواری، ۸۱۱/۲؛ خوانساری، ۳۲۷/۵؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- الطلاق و المواریث،

۱- به عنوان نمونه در آیه شریفه ۱۱ سوره نساء: «... فَإِنْ لَمْ یکُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ کَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ...».

۳۶۲) بیان داشته‌اند، ظاهر این است که به «حمل» عنوان برادر یا خواهر صدق نمی‌کند. بنابراین نزاع شایسته نیست. به‌ویژه که برخی (قبله‌ای خویی، بررسی احکام فقهی و حقـوقی حجـب و حاجبین و محجوبین، ۱۳۲؛ قبله‌ای خویی، ارث، ۱۰۹) بیان داشته‌اند، با وجود شـرط نخسـت، یعنی وجود اخوه در حد نصاب، نیازی به اعتبار شرط لزوم تولد نیست. زیرا به حمـل مـادامی که متولد نشده است «اخوه» صدق نمی‌کند.

البته ممکن است گفته شود، عدم صدق عنوان اخوه بر حمل نیز خـود ادعـا اسـت. لـیکن باید توجه داشت، همین که چنین ادعایی مطرح شده، نشان می‌دهد صدق عنوان اخوه بر حمل نیز امر مسلمی نیست و همین تردید برای کنار گذاشتن دلیل مورد بحث، کافی به نظر می‌رسد.

همچنین ممکن است گفته شود، اگر عنوان اخوه بر حمل صادق نیست پس چگونـه حکـم به ارث بری حمل به عنوان ولد یا اخوه و مانند آن می‌گردد. در پاسخ باید گفت، همان‌گونه که برخی فقیهان محقق (اردبیلی، ۵۵۸/۱۱؛ حسینی عاملی، ۱۰۶/۸) نیز بیـان داشـته‌انـد، ارث بـری حمل مبتنی بر نصوص ویژه[1] است[2] و چنان‌چه نصی در این زمینه وجود نداشت، پذیرش ارث بری حمل نیز پسندیده و مورد پذیرش نبود. بنابراین نمی‌توان با تمسک به قیاس از ارث بـری حمل، حاجبیت وی نسبت به مادر را استنتاج نمود.

از سوی دیگر در پاسخ به استدلال عموم و اطلاق لفظ اخوه، نیز می‌توان گفت تمسـک بـه اطلاق و عموم ادله در شبهات مفهومیه و مصـداقیه امکـان‌پـذیر نیسـت (مظفـر، ۲۰۶/۱–۱۹۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۵۰/۱–۱۴۲؛ محمدی، مبانی استنباط، ۱۰۱–۱۰۰؛ قـافی و شـریعتی فرانـی، ۲۱۵/۱–۲۱۲). در واقع وقتی که صدق عنوان برادر یـا خـواهر بـر حمـل، محـل تردیـد باشـد نمی‌توان با تمسک به اطلاق و عموم واژگان اخوه، احکام ناظر به اخوه را به مصادیق مشـکوک تسری داد (رک. سبزواری، ۷۴/۳۰، زیرنویس شماره ۳۰؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱) به ویـژه ایـن‌کـه برخی از فقیهان (به عنوان نمونه رک. نجفی، ۹۰/۳۹–۸۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ نراقـی، ۱۳۳/۱۹) به درستی عمومیت لفظ اخوه را نپذیرفته و آن را نهایتاً مفید اطلاق دانسته‌اند[3]. مطابق این نظـر

۱- برای ملاحظه روایات مزبور رک. حرعاملی، وسائل الشیعه، بَابُ أَنَّ الْحَمْلَ یرِثُ وَ یورَثُ إِذَا وُلِدَ حَیاً.

۲- به دلیل همین نصوص نیز ادعا شده (جمعی از پژوهشگران، ۸۰/۹) است که ارث بری حمل مورد اتفاق نظر همه فقیهان است.

۳- گفتنی است که لفظ «اخوه» مذکور در ادله حجب نکره است و لفظ نکره تنها در سیاق نفی و نهی مفید عموم است (در این خصوص به عنوان نمونه رک. مظفر، ۱۹۲/۱؛ میرزای قمی، ۲۲۵_۲۲۳؛ قافی و شریعتی فرانی، ۱۸۷/۱).

از آن‌جا که تمسک به اطلاق مستلزم وجود و احراز مقدمات حکمت می‌باشد[1] که در این‌جا احراز نگردیده، اطلاق مزبور نیز قابل تمسک نیست.

ب- اصل عدم اشتراط

یکی دیگر از ادله‌ای که برای تقویت نظریه حاجبیت حمل احتمال داده شده (حسینی عاملی، ۱۰۶/۸؛ نراقی، ۱۳۳/۱۹-۱۳۲؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ نجفی، ۸۹/۳۹؛ صیمری، ۱۷۵/۴؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱)، اصل عدم اشتراط می‌باشد. توضیح این‌که، هنگامی که در خصوص اشتراط یا عدم اشتراط انفصال دچار تردید گردیم، اصل عدم اشتراط، اصل راهنما خواهد بود. نتیجه این‌که انفصال (تولد) شرط نبوده، حمل در بحث حاجبیت اخوه نیز حاجب مادر می‌شود.

نقد: در مقام نقد دلیل مذکور می‌توان گفت، استناد به اصل مزبور هنگامی می‌تواند مفید باشد که صدق عنوان اخوه بر حمل مسلم باشد و برای رفع این تردید که آیا منفصل بودن یا به تعبیری تولد اخوه شرط حاجبیت ایشان است یا خیر، به اصل عدم اشتراط انفصال استناد نمود. لیکن چنان‌چه صدق عنوان اخوه بر حمل محل تردید باشد دیگر اصل عدم اشتراط انفصال معنا نخواهد داشت بلکه باید از اصل عدم حاجبیت حمل سخن گفت. به دیگر سخن، هنگامی می‌توان به اصل عدم اشتراط تمسک نمود که مقتضی (اخوه بودن) مسلم باشد؛ حال آن‌که در بحث ما، مقتضی ثابت نیست (نراقی، ۱۳۳/۱۹-۱۳۲؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱).

در واقع در مسأله مورد بررسی آن‌چه مسلم است این است که برادران و خواهران منفصل و تولد یافته موجب حجب می‌گردند ولی آن‌چه مورد تردید است حاجبیت حمل است و به دلیل تردید در صدق عنوان اخوه بر آن معلوم نیست آیا می‌تواند حاجب مادر باشد یا خیر. در فرض أخیر استناد به اصل عدم حجب می‌تواند راهگشا باشد. بنابراین تمسک به اصل عدم اشتراط انفصال جایز نیست.

نقد و بررسی ادله عدم حاجبیت حمل (لزوم تولد هنگام وفات)

مشهور فقیهان (به‌عنوان نمونه رک. محقق حلی، شرائع، ۸۲۱/۴؛ همو، المختصر، ۲۶۸/۲؛ علامه حلی، تحریر، ۱۲/۵؛ همو، قواعد، ۳۵۶/۳؛ همو، تبصره، ۲۱۸؛ ابن‌علامه، ۲۰۹/۴؛ شهید اول، الدروس، ۳۵۷/۲؛ همو، اللمعه، ۲۲۳؛ انصاری، ۷۰/۲؛ اردبیلی، ۵۵۹/۱۱-۵۵۸؛ فاضل

۱- برای ملاحظه مباحث تفصیلی در خصوص لزوم وجود مقدمات حکمت برای امکان استناد به اطلاق رک. آخوند خراسانی، ۲۴۷ به بعد؛ حائری، درر الفوائد، ۲۳۳/۱ به بعد؛ عراقی، تنقیح الأصول، ۳۲؛ عراقی، مقالات الأصول، ۵۰۰/۱ به بعد؛ عراقی، نهایة الأفکار، ۵۶۷/۲ به بعد؛ اصفهانی، ۴۲۷ به بعد؛ حکیم، ۵۵۵/۱ به بعد؛ مظفر، ۱۹۱/۱ و ۲۴۴-۲۳۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۶۷/۱-۱۶۴.

هندی، کشف‌اللثام، ۴۰۰/۹؛ آل بحرالعلوم، ۲۷۹/۴؛ شهید ثانی، مسالک، ۸۲/۱۳؛ زین‌الدین، ۳۴۱/۷؛ نجفی، ۸۹/۳۹؛ فاضل هندی، کشف‌اللثام، ۲۸۸/۲؛ محقق سبزواری، ۸۱۱/۲؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲۴/۲۶–۱۲۳؛ همو، هدایة الأمة، ۳۱۵/۸؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ آل بحرالعلوم، ۲۸۰/۴–۲۷۹؛ خوانساری، ۳۲۳/۵؛ نراقی، ۱۳۳/۱۹–۱۳۱؛ حسینی‌عاملی، ۱۰۶/۸؛ سبزواری، ۷۲/۳۰؛ فاضل آبی، ۴۵۲/۲؛ ابن‌فهد حلی، ۳۸۵/۴؛ علی‌یاری غروی، ۷۳؛ کاشف الغطاء، ۱۳۱؛ فیض‌کاشانی، ۳۲۷/۳؛ تستری، النجعة، ۳۸۳/۱؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ مجلسی، ۲۴۹/۱۵؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة– الطلاق و المواریث، ۳۶۲؛ آل‌عصفور بحرانی، ۴۸۳/۱۴؛ موسوی خمینی، حاشیه بر رساله ارث، ۶۷؛ گنجوی، ۱۸) منفصل بودن برادر یا خواهر (حمل نبودن یا در بطن مادر نبودن) را به عنوان شرطی مستقل برای حاجبیت اخوه بیان نموده‌اند. مطابق این نظر حتی در صورتی که برای تکمیل نصاب اخوه برای حاجبیت مادر به حمل نیاز باشد وی نمی‌تواند نصاب را تکمیل نماید. در راستای تبیین و توجیه نظر مشهور توجه به ادله زیر بایسته است.

آ– اجماع منقول

برخی از فقیهان (حسینی عاملی، ۱۰۶/۸) از اجماع منقول به عنوان یکی از ادله عدم حاجبیت حمل یاد نموده‌اند.

در مقام نقد دلیل مزبور باید گفت، از سویی وجود اجماع محل تردید است، زیرا از عبارات برخی از فقیهان این‌گونه استنباط می‌شود که نظر مخالف دارند (رک. شهید اول، الدروس، ۳۵۷/۲).

از سوی دیگر بر فرض وجود اجماع، اجماع مزبور مبتنی بر ادله دیگری است که در این مورد ارائه شده و اجماعی مدرکی به شمار می‌آید. اجماع مدرکی نیز با توجه به این‌که به طور مستقل کاشف از رأی معصوم (ع) نمی‌باشد، در ابواب مختلف فقهی دلیلی مستقل به شمار نیامده (به عنوان نمونه رک. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة– الإجارة، ۵۵۸؛ همو، القواعد الفقهیه، ۴۲۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۸۵/۴؛ جمعی از پژوهشگران، ۲۳۸/۹؛ انصاری شیرازی، ۵۴۰/۱؛ سیفی مازندرانی، ۳۵/۳) و در کتب اصولی تصریح بر فقدان اعتبار و حجیت آن شده است (در این خصوص رک. مظفر، ۱۱۷/۳؛ قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۴/۲–۱۳۳). به علاوه گفتنی است همان‌گونه که برخی از فقیهان (مکارم شیرازی، ۷۱/۲) نیز بیان داشته‌اند احراز این امر که مجمعین به مدارک دیگری غیر از اجماع استناد نموده‌اند، لازم نیست، بلکه صرف

احتمال کافی است. زیرا شرط حجیت اجماع، کاشفیت از رأی معصوم است و کاشفیت مزبـور زمانی محقق می‌یابد که احتمال مدرک دیگری در مسأله داده نشود. این در حالی اسـت کـه در مسأله مورد بحث، مستندات دیگری وجود دارد که به احتمال قوی، مدرک مجمعین بوده است (برای مطالعه تفصیلی در مورد اجماع مدرکی رک. امامی، ۱۱۶/۳).

بر مطالب فوق می‌توان این نکته را افزود که اعتبار اجماع منقول به خبر واحد[1] نیـز محـل اختلاف است (برای ملاحظه بحث تفصیلی در این خصوص رک. میرزای قمی، ۳۸۴ بـه بعـد؛ شیخ انصاری، ۱/ ۱۷۹ به بعد؛ آخوند خراسانی، ۲۸۸ به بعـد؛ حـائری، درر الفوائـد، ۳۷۱/۲ بـه بعد؛ عراقی، تنقیح الأصول، ۳۲؛ همو، مقالات الأصول، ۶۵/۲ به بعد؛ غروی اصفهانی، ۱۷۹/۲ به بعد؛ مظفر، ۱۲۱/۳ به بعد؛ موسوی بجنوردی، ۲۴۳/۱–۲۴۲).

ب- شهرت فتوایی

برخی از فقیهان (نجفی، ۹۰/۳۹–۸۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲) برای تقویت اعتبـار شـرط لـزوم انفصال به شهرت عظیم فتوایی استناد نموده‌اند.

در مقام نقد این دلیل باید گفت، هر چند شهرت نظریه عدم حاجبیت حمـل بـه انـدازه‌ای است که در برخی کتب روایی (به عنوان نمونه رک. حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲۳/۲۶؛ همان، ۴۵۹/۱۷) بابی تحت عنوان «باب انه یشترط فی حجب الإخوة الام کـونهم منفصـلین لا حمـل» وجود دارد، لیکن صرف شهرت یک نظر نمی‌تواند دلیلی مستقل به شمار آمده و دارای حجیت باشد (در تأیید گفته أخیر رک. مظفر، ۲۵۲/۳). به علاوه، در مورد ضعف سند روایات برخی از فقیهان (خویی، مصباح الفقاهه، ۲۳۹/۵) معتقدند عمل فتـوایی مشـهور فقیهـان موجـب جبـران ضعف سند روایت نخواهد شد. بنابراین برای اثبات نظریه عدم حاجبیت باید به ادله ارائه شده توسط مشهور فقیهان توجه داشت و قابلیت یا عدم قابلیت پذیرش آن را مورد بررسی قرار داد.

ج- عدم صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل

گروهی از فقیهان (به عنوان نمونه رک. محقق حلـی، شـرائع، ۸۲۰/۴؛ اردبیلـی، ۵۵۹/۱۱–۵۵۸؛ فاضل هندی، کشف‌اللثام، ۴۰۰/۹؛ آل بحرالعلـوم، ۲۷۹/۴؛ شـهید ثـانی، مسـالک، ۸۲/۱۳؛

۱- گفتنی است که اجماع در یک تقسیم بر دو قسم است: اجماع محصل و اجماع منقول. در مـورد اعتبـار اجمـاع محصـل اختلافـی میـان اصولیان شیعه مشاهده نمی‌گردد. لیکن اصولیان برای بررسی دقیق‌تر اعتبار اجماع منقول آن را به اجماع منقول به خبر متواتر و اجماع منقول به خبر واحد تقسیم نموده و قسم اول را از حیث اعتبار در حکم اجماع محصل می‌دانند لیکن در اعتبار قسم دوم میان ایشان اختلاف وجود دارد (در این خصوص و برای توضیح بیش‌تر رک. مظفر، ۱۲۱/۳ـ ۱۲۰؛ محمدی، اجماع، ۱۵۶؛ محمدی، مبانی استنباط، ۱۸۴ـ۱۸۳؛ قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۲/۲ـ ۱۳۱). نکته قابل توجه دیگر این‌که هنگامی که اجماع منقول به نحو مطلق به کار برده می‌شود مقصود از آن اجمـاع منقـول بـه خبر واحد است (مظفر، ۱۲۱/۳).

محقق سبزواری، ۸۱۱/۲؛ خوانساری، ۳۲۷/۵؛ فاضل‌لنکرانی، تفصیل الشریعة- الطلاق و المواریث، ۳۶۲؛ طباطبایی قمّی، ۸۱۹/۱۰) برای اثبات عدم حاجبیت حمل به ظهور استناد نموده و بیان داشته‌اند، ظاهر این است که عنوان برادر یا خواهر بر «حمل» صادق نیست. در همین راستا حتی برخی (قبله‌ای خویی، بررسی احکام فقهی و حقوقی حجب و حاجبین و محجوبین، ۱۳۲؛ قبله‌ای خویی، ارث، ۱۰۹) نیازی به ذکر شرط انفصال به عنوان شرطی مستقل برای حاجبیت اخوه ندیده و برخی دیگر (خوانساری، ۳۲۷/۵) ذکر شرط انفصال را از باب تسامح دانسته‌اند.

گفتنی است که در مورد ارث بری حمل نیز ادعا شده (اردبیلی، ۵۵۸/۱۱؛ حسینی عاملی، ۱۰۶/۸) چنانچه در این خصوص نصی وجود نداشت، امکان حکم به ارث‌بری حمل نیز منتفی بود.

د- روایت علاء بن فضیل

گروهی از فقیهان (به عنوان نمونه رک. محقق سبزواری، ۸۱۱/۲؛ آل بحرالعلوم، ۲۷۹/۴؛ فاضل هندی، کشف‌اللثام، ۴۰۰/۹؛ نجفی، ۹۰/۳۹–۸۹؛ حسینی روحانی، ۲۸۴/۲۴–۲۸۵؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ آل‌عصفور بحرانی، ۴۸۳/۱۴؛ سبزواری، ۷۳/۳۰–۷۲؛ فیض‌کاشانی، ۳۲۷/۳؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ علی‌یاری غروی، ۷۴) در این ارتباط به خبر علاء بن فضیل از امام صادق علیه السلام استناد نموده‌اند. در این روایت آمده است که «طفل و ولید مادامی که از طریق گریه وجود خویش را اعلام ننموده است نه حاجب می‌گردد و نه ارث می‌برد و آنچه در شکم پنهان است مادامی که بر آن روز و شب نگذرد، چیزی {از نقطه نظر ارث بری یا حجب} به شمار نمی‌آید هرچند دارای حرکت باشد».[۲]

نقد و بررسی اشکالات وارد بر حدیث: حدیث مورد بررسی، هم از نظر سند و هم از نظر دلالت مورد انتقاد قرار گرفته است. در مورد سند حدیث، برخی از فقیهان (رک. اردبیلی، ۵۵۹/۱۱) از ضعف سند آن سخن گفته‌اند.

در پاسخ به این اشکال گفته شده است (حسینی روحانی، ۲۸۴/۲۴) که سند حدیث مزبور صحیح است توضیح این‌که اشکال وارد بر ضعف سند به دلیل وجود شخصی به نام محمد بن سنان خزائی در سلسله راویان حدیث است لیکن شخص مزبور به رغم این‌که مورد تضعیف

۲- متن روایت: «عَنْ مُحَمَّد بْنِ سِنَان عَنِ الْعَلَاء بْنِ فُضَيل عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنَّ الطِّفْلَ وَ الْوَلِيدَ لَا يحْجُبُكَ وَ لَا يرِثُ إِلَّا مَنْ آذَنَ بِالصُّرَاخِ- وَ لَا شَيءَ أَكَنَّهُ الْبَطْنُ وَ إِنْ تَحَرَّكَ- إِلَّا مَا اخْتَلَفَ عَلَيهِ اللَّيلُ وَ النَّهَارُ» (ابن بابویه، ۲۷۴/۴؛ طوسی، تهذیب، ۲۸۲/۹؛ حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲۳/۲۶؛ حر عاملی، هدایة الأمة، ۳۱۵/۸؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۴۵۹/۱۷؛ مجلسی اول، ۲۶۸/۱۱).

برخی قرار گرفته، شخصی ثقه و مقبول الروایه است. در راستای پـذیرش روایـات منقـول از محمد بن سنان خزائی، برخی از محققـان رجـالی (موسـوی خـویی، معجـم رجـال الحـدیث، ۱۶۹/۱۷–۱۶۸؛ تستری، قاموس، ۳۰۶/۹ به بعد؛ نمازی شاهرودی، ۱۲۴/۷–۱۲۱) نیز ضمن بیان و بررسی تضعیف و توثیق‌های صورت گرفته نسبت به وی، تضعیف‌های صورت گرفتـه را رد و علاوه بر معتبر دانستن روایات محمد بن سنان، توثیق صورت گرفته از راوی مزبور را مـورد پذیرش قرار داده‌اند.

البته لازم به ذکر است که ادعا شده (طباطبـایی، ۵۳۴/۱۲؛ حسـینی روحـانی، ۲۸۴/۲۴) بـر فرض ضعیف دانستن سند حدیث فوق، استناد و عمل فقیهان امامی بر اسـاس حـدیث مزبـور (شهرت عملی)، موجب جبران ضعف سـند اسـت. طبیعـی اسـت ادعـای مزبـور در صـورتی می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد که شهرت عملی، جابر ضعف سند احادیث دانسته شود ولـی اگر از نظر مبنایی هم‌چون برخی از فقیهان (خویی، مصـباح الفقاهـه، ۲۳۹/۵) شـهرت را جـابر ضعف سند احادیث به شمار نیاوریم، ادعای مزبور قابل پذیرش نخواهد بود.

در مورد دلالت حدیث نیز گفته شده است (اردبیلی، ۵۵۹/۱۱؛ تستری، النجعـة، ۳۸۳/۱۰)، متن حدیث مزبور دارای تشویش است. توضیح این‌که برخـی از فقیهـان در مقـام نقـد دلالـت حدیث بیان داشته‌اند که اولاً حدیث مزبور متضمن اشتراط گریه طفـل متولـد بـرای ارث‌بـری است حال آن‌که ممکن است طفل مزبور فاقد قدرت تکلم باشد. طبیعی اسـت در فـرض أخیـر تحرک طفل پس از تولد کافی است. ثانیاً در حدیث مورد بررسی از لزوم گذشت شـب و روز بر طفل متولد سخن گفته شده است حال آن‌که برای ارث‌بری صرف تولد کافی است. (تستری، النجعة، ۳۸۳/۱۰)

به علاوه، احتمال داده شده (نراقی، ۱۳۲/۱۹) که بتوان از حدیث مزبور حاجبیـت حمـل را استنباط نمود. توضیح این‌که در خصوص استثناء منـدرج در حـدیث (جـز در صـورت اعـلام وجود از طریق گریه) [۳] بعد از دو جمله نخست (طفل و ولید حاجب نمی‌شود و ارث نمی‌برد) [۴] این سؤال مطرح است که استثناء مزبور به کدام جمله بازگشـت مـی‌نمایـد. آیـا بازگشـت آن صرفاً به جمله ماقبل آن است یا به هر دو جمله بازگشت می‌نمایـد. پاسـخ سـؤال مـذکور ایـن است که هرچند ممکن است بر اساس قواعد اصولی ابتدا این‌گونه بـه نظـر برسـد کـه اسـتثناء

۳ـ إِلَّا مَنْ آذَنَ بالصُّرَاخِ....
٤ـ إِنَّ الطِّفْلَ وَ الْوَلِيدَ لَا يحْجُبُكَ وَ لَا يرِثُ....

صرفاً ناظر به جمله ماقبل آن (یعنی بحث ارث‌بری) است؛ لیکن پذیرش این امر بـه ایـن معنـا خواهد بود که مادامی که طفل و ولید به سن بلوغ نرسـیده و از حالـت کـودکی خـارج نشـده است، نمی‌تواند نقش حاجب را ایفا نماید. این در حالی است که نتیجه مزبـور مـورد پـذیرش هیچ فقیهی نیست. بنابراین قرینه مزبور بیانگر بازگشت استثناء به هر دو جمله پیش‌گفته اسـت. در نتیجه همان‌گونه که حمل جزء ورثه بوده و ارث‌بری وی با تولدش از حالت مراعی خـارج می‌شود، در مورد حاجبیت وی نیز چنین است. به دیگر سخن حمل حاجب مادر قرار می‌گیرد، ولی تا زمان تولد وی حجب مزبور مراعی و متزلزل است.

در مقام پاسخ به انتقادات وارد بر دلالت حدیث از سویی همداسـتان بـا برخـی از فقیهـان (طباطبایی، ۵۳۴/۱۲) می‌توان گفت، گریـه نمـودن در حـدیث از بـاب غالـب ذکـر گردیـده و مقصود از آن زنده متولد شدن طفل است و خود گریـه موضـوعیتی نـدارد تـا اشـکال کفایـت تحرک در مورد کودکان فاقد تکلم مطرح گردد. از سوی دیگر، قسمت أخیر حدیث مزبور نیـز بیانی دیگر از لزوم تولد طفل برای جاجبیت و ارث بری است و از آن اسـتنباط نمـی‌شـود کـه برای ارث‌بری کودک گذشت مـدت زمـانی از تولـد وی لازم اسـت. در واقـع حـدیث مـورد بررسی، در مقام بیان این است که تا کودک متولد نگردد و تا زمانی کـه صـرفاً در رحـم مـادر جای داشته باشد حاجب قرار نگرفته و ارث نمی‌برد.

در پاسخ به اشکال آخر (مبنی بر دلالت حدیث بر حاجبیت مراعی حمل قبل از تولد) نیـز می‌توان گفت ارث‌بری حمل قبل از تولد از این حدیث استفاده نمـی‌شـود تـا بتـوان در مـورد حاجبیت حمل نیز آن را تسری داد بلکه تنها مسأله‌ای که –در خصوص ارث‌بـری– از آن قابـل استنباط است ارث‌بری بعد از تولد است. به دیگر سخن ارث‌بری حمل قبل از تولد –البتـه بـه نحو مراعی و مشروط– مبتنی بر ادله دیگری[۵] است که مسأله حاجبیـت را در بـر نمـی‌گیـرد و قابل تسری به آن نیست.[٦]

٥- اصل عدم حجب

یکی دیگر از ادله‌ای که برای عدم حاجبیت حمل نسبت به مادر متوفی، توسط گروهـی از فقیهان (فاضل هندی، کشـف‌اللثـام، ۲۸۸/۲؛ همـان، ۴۰۰/۹؛ نراقـی، ۱۳۳/۱۹–۱۳۱؛ سـبزواری، ۷۴/۳۰؛ علی‌یاری غروی، ۷۴) مورد استناد قرار گرفته است، اصالت عدم حجب است. در واقع

٥- ادله ارث‌بری حمل در متون فقهی اجماع محصل و منقول و نصوص متواتری است که در این زمیته وجـود دارد (در ایـن خصـوص بـه عنوان نمونه رک. نجفی، ۷۱/۳۹-۷۰؛ نراقی، ۱۰۷/۱۹-۱۰۵).

٦- مرحوم نراقی (نراقی، ۱۳۲/۱۹) نیز ضمن طرح اشکال، همین پاسخ را برای آن احتمال داده‌اند.

هنگامی که حکمی عام وجود داشته باشد که دلالت بر سهم یک سوم از ترکه برای مادر داشته باشد و دلیل عام مزبور در مواردی تخصیص یافته و بردن بیش از یک ششم نفی شده باشد، طبیعی است باید به میزان متیقن استثناء اکتفا نموده[۷] و در موارد تردید اصل عدم حاجبیت را اجرا نمود. در مسأله مورد بررسی آن‌چه مسلم است این‌که برادران و خواهران منفصل و تولد یافته موجب حجب می‌گردند ولی آن‌چه مورد تردید است حاجبیت حمل است و به دلیل تردید در صدق عنوان برادر یا خواهر بر آن معلوم نیست آیا می‌تواند حاجب مادر باشد یا خیر. در فرض أخیر استناد به اصل عدم حجب می‌تواند راهگشا باشد.

در مقام نقد این دلیل به اصالت عدم زیادت استناد شده است (حسینی روحانی، ۲۸۴/۲۴). توضیح این‌که هنگامی که دلیلی عام از طریق استثنائی متصل تخصیص می‌یابد، چنان‌چه مخصص متصل مزبور به دلیلی دارای اجمال گردد، اجمال آن به دلیل عام نیز سرایت نموده و دیگر نمی‌توان به عمومیت دلیل عام استناد نمود.[۸] در مسأله مورد بررسی نیز دلیلی که سهم‌الارث مادر را یک سوم می‌داند از طریق استثناء متصل تخصیص یافته است. توضیح این‌که در مقام بیان سهم‌الارث مادر از اموال متوفی در آیه شریفه یازده سوره مبارکه نساء آمده است: «چنان‌چه برای متوفی فرزند نباشد و پدر و مادر او وارثش باشند، مادر یک سوم از ترکه را به ارث می‌برد» و بلافاصله در مقام تخصیص آن گفته شده است: «لیکن چنان‌چه برای متوفی اخوه وجود داشته باشد، سهم مادر یک ششم خواهد بود». با این وصف چنان‌چه در مفهوم اخوه از جهت این‌که آیا حمل از مصادیق آن است یا خیر شبهه پیش آید، مخصص، مجمل خواهد شد و از آن‌جا که مخصص مزبور متصل به دلیل عام است، دلیل عام مزبور نیز دچار اجمال می‌گردد و معلوم نیست که آیا مادر در فرض وجود حمل و در صورت اجتماع سایر شرایط حاجبیت اخوه، آیا دارای سهم‌الارث یک سوم است یا یک ششم. در چنین فرضی قدر متیقن این است که یک ششم از ترکه به مادر می‌رسد و در ارث‌بری بیش از یک ششم تردید وجود دارد به همین جهت از اصل عدم زیادت از سدس سخن به میان می‌آید (رک. حسینی روحانی، ۲۸۳/۲۴).

در پاسخ این نقد می‌توان گفت ادعای سرایت اجمال در فرض مورد بررسی، از دلیل مخصص به دلیل عام و مطلقی که دلالت بر سهم‌الارث یک سوم برای مادر می‌نماید، ادعایی

۷- در خصوص لزوم اکتفا به قدر متیقن در موارد استثنایی و تفسیر مضیق استثناء رک. (نوبخت، ٦٩).

۸- در خصوص سرایت اجمال مخصص به عام رک. (مظفر، ۲۰۶/۱-۱۹۹؛ محمدی، مبانی استنباط، ۱۰۰-۹۵؛ قافی و شریعتی فرانی، ۲۱۵/۲-۲۰۷)

بیش نیست. در واقع ابتدا به موجب قسمت نخست آیه شریفه به نحو مطلق سهم‌الارث مادر یک سوم دانسته شده است سپس به موجب حکمی علی‌حده در فرض وجود اخوه از سهم یک ششم برای مادر سخن گفته شده است. بنابراین آن‌چه بر اساس متفاهم عرفی یقینی است سهم یک سوم برای مادر است و طبیعی است خروج از این حکم نیازمند دلیل یقینی است و جز در موردی که اخوه تولد یافته‌اند چنین دلیل یقینی وجود ندارد. امری که تمسک به اصالت عدم حجب را به خوبی تأیید می‌نماید (در تأیید این نظر رک. نراقی، ۱۳۲/۱۹).

و- فقدان علت حاجبیت اخوه در مورد حمل

دلیل دیگری که برای تقویت عدم حاجبیت حمل ارائه شده است، تمسک به علت حاجبیت اخوه است. توضیح این‌که علت حاجبیت اخوه نسبت به مادر آن است که حجب مزبور موجب ازدیاد سهم پدر می‌گردد و ازدیاد سهم پدر نیز به خاطر نقشی است که در تأمین نفقه اخوه دارد حال آن‌که پدر نقش مزبور را در مورد حمل ایفا نمی‌نماید. بنابراین علت حجب در مورد حمل منتفی است (در این خصوص رک. نجفی، ۳۹/۹۰-۸۹؛ طباطبایی، ۵۳۴/۱۲؛ ترحینی عاملی، ۴۵/۹؛ علی‌یاری غروی، ۷۴).

در پاسخ همان‌گونه که برخی از اندیشمندان فقهی (نراقی، ۱۳۲/۱۹؛ حسینی روحانی، ۲۸۲/۲۴) بیان داشته‌اند باید گفت: از سویی، نقش پدر در تأمین نفقه اخوه متوفی علت حکم حاجبیت اخوه نیست زیرا اگر علت حجب، چنین امری بود اولاً می‌بایست حاجبیت اخوه ناظر به اخوه فقیر دانسته می‌شد. چرا که نفقه اخوه در فرضی بر عهده پدر است که اخوه دارای توان مالی نباشند حال آن‌که هیچ کس حاجبیت را مقید به فقر اخوه ننموده است. ثانیاً می‌بایست اولاد اخوه در فرضی که نادار بوده و نفقه ایشان بر عهده پدر متوفی است، نیز حاجب مادر به شمار می‌آمدند حال آن‌که چنین امری مورد پذیرش نیست. بنابراین نقش پدر در تأمین نفقه اخوه را می‌توان به عنوان حکمت در نظر گرفت. طبیعی است حکمت بودن امری نمی‌تواند توسعه یا تضییق حکم را به دنبال داشته باشد.

از سوی دیگر چنان‌چه نقش پدر در نفقه اخوه علت حکم به شمار آید، نمی‌توان به‌گونه‌ای قطعی علت مزبور را در مورد حمل منتفی دانست زیرا برخی از فقیهان (طوسی، المبسوط، ۲۱۱/۵ و ۲۷۵؛ همو، المبسوط، ۲۱/۶ و ۲۸؛ علامه حلی، مختلف، ۳۲۴/۷؛ سیوری حلی، ۲۱۸/۲) فتوا به ثبوت نفقه برای حمل داده‌اند.

بررسی حقوق موضوعه و نظرات حقوقی

قانون مدنی ایران به صراحت و به‌طور مستقل متعرض حاجبیت یا عدم حاجبیت حمل در بحث حاجبیت اخوه نسبت به مادر نگردیده است. همین امر موجب اختلاف نظر میان اندیشمندان حقوقی شده به گونه‌ای که گروهی از حاجبیت حمل سخن گفته و گروهی حاجبیت وی نسبت به مادر را نفی کرده‌اند. برای نقد و بررسی نظرات مزبور ابتدا به نقد و بررسی نظریه حاجبیت حمل پرداخته سپس نظریه عدم حاجبیت حمل را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

نقد و بررسی ادله حاجبیت حمل

برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۲۵۴/۳؛ کاتوزیان، ارث، ۶۹-۶۷؛ همو، درس‌هایی از شفعه ـ وصیت ـ ارث، ۱۹۲-۱۹۱) در بحث حاجبیت اخوه، از حاجبیت حمل دفاع نموده‌اند. ذیلاً ضمن بیان ادله این نظر به نقد و بررسی هر یک از ادله ارائه شده در این خصوص می‌پردازیم.

آ- ملاک واحد در مورد ارث بری و حاجبیت حمل

برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۲۵۴/۳) برای اثبات حاجبیت حمل به قیاس و وحدت ملاک متمسک شده و معتقداند، همان‌گونه که حمل می‌تواند وارث باشد، باید بتواند حاجب نیز قرار گیرد.

در نقد این استدلال می‌توان گفت از سویی، معلوم نیست ادعای ملاک واحدی که در این استدلال آمده مبتنی بر چیست و از کجا به دست آمده است. به ویژه این‌که حاجبیت و ارث بری دو امر مختلف می‌باشند و میان آن دو ملازمه‌ای وجود ندارد[۹]. بنابراین صرف ادعا نمی‌تواند اثبات کننده امری باشد. قانون‌گذار نیز علت ارث‌بری حمل را مشخص ننموده است تا بتوان از آن در مورد بررسی حاجبیت وی در خصوص مادر استفاده نمود.

ب- اطلاق ماده ۸۹۲ قانون مدنی و شمول آن نسبت به حمل

استدلال دیگری که برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۲۵۴/۳؛ کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۵۵۵-۵۵۴، ماده ۸۹۲، زیرنویس شماره ۶) برای حاجبیت حمل بدان تمسک نموده‌اند، این است که ماده ۸۹۲ برادر و خواهر را به نحو مطلق به کار برده است و اطلاق آن شامل حمل نیز می‌گردد.

۹- در تأیید این نظر رک. عدل، ۴۰۵؛ کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۵۵۴، ماده ۸۹۲، زیرنویس شماره ۳.

مشابه این استدلال در ادله فقهی ارائه شده برای حاجبیت حمل مطرح گردید و بدان پاسخ داده شد. در این قسمت نیز می‌توان گفت صدق برادر یا خواهر بر حمل امری مشتبه است و طبیعی است که استناد به اطلاق لفظ برادر یا خواهر در شبهات مصداقیه امکان‌پذیر نیست. به علاوه تمسک به اطلاق مستلزم این است که قانون‌گذار در مقام بیان بوده و موضوع را به اجمال برگزار ننموده باشد، حال آن‌که در موضوع مورد بحث اجمال وجود دارد و از این رو استناد به اطلاق موجه نیست.

جالب توجه است که برخی از حقوق‌دانان که در مسأله مورد بررسی صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل را پذیرفته و به اطلاق بند ب ماده ۸۹۲، برای حاجبیت حمل استناد می‌نمایند، در مسأله‌ای مشابه هنگام پاسخگویی به این سؤال که آیا حمل می‌تواند عنوان پسر بزرگ‌تر را داشته و از حبوه استفاده نماید یا خیر، اطلاق ماده ۹۱۵ قانون مدنی[10] را مورد پذیرش قرار نداده و از لزوم تفسیر استثنائی ماده مزبور سخن گفته‌اند (رک. کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۵۶۱، ماده ۹۱۵، زیرنویس شماره ۵)، حال آن‌که حجب نیز نهادی استثنائی به شمار می‌آید و لازم است در موارد مشابه استدلال‌های مشابهی داشت.

ج- استناد به ماده ۸۷۸ قانون مدنی

یکی دیگر از استدلال‌های ارائه شده (کاتوزیان، ارث، ۶۹-۶۷؛ همو، درس‌هایی از شفعه ـ وصیت ـ ارث، ۱۹۲-۱۹۱)، استناد به ماده ۸۷۸ قانون مدنی است. به موجب این ماده «هرگاه درحین موت مورث حملی باشد که اگرقابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراث دیگر می‌گردد تقسیم ارث بعمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و...». شیوه استدلال به این ماده بدین ترتیب است که مانع در این ماده به معنای حاجب است و از این رو امکان حاجبیت حمل مورد پذیرش قرار گرفته است. بنابراین در بحث اخوه نیز باید حاجبیت حمل مورد پذیرش قرار گیرد.

در پاسخ به ادعای مزبور می‌توان گفت هر چند ماده مذکور، امکان حاجب شدن حمل را پذیرفته است ولی در مقام بیان جزئیات و قلمرو حاجبیت حمل نبوده است. بنابراین نمی‌توان چگونگی و قلمرو حاجبیت حمل را از ماده مزبور استنباط نمود. به ویژه این‌که ماده مزبور ناظر به فرضی است که حمل خود در زمره ورثه بوده و می‌تواند ارث ببرد حال آن‌که بحث

۱۰- ماده مزبور مقرر می‌دارد: «انگشتری که میت معمولاً استعمال می‌کرده و همچنین قرآن و رخت‌های شخصی و شمشیر او به پسر بزرگ او می‌رسد بدون اینکه از حصه او از این حیث چیزی کسر شود مشروط بر اینکه ترکه میت منحصر به این اموال نباشد».

حاجبیت اخوه کاملاً متفاوت با آن است زیرا اخوه به دلیل وجود طبقه اول ارثی خود دچار حجب حرمانی گردیده‌اند (در تأیید این نظر رک. مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۴).

د- استناد به ماده ۹۵۷ قانون مدنی

بر اساس ماده ۹۵۷ قانون مدنی «حمل ازحقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط براین‌که زنده متولد شود». برخی از اساتید حقوق ایران (کاتوزیان، ارث، ۶۹-۶۷؛ همو، درس‌هایی از شفعه ـ وصیت ـ ارث، ۱۹۲-۱۹۱) با استناد به ماده پیش‌گفته، معتقدند قانون‌گذار برای حمل وجود حقیقی در نظر گرفته است. وجود حقیقی امری نسبی نیست بنابراین نه تنها حمل از نظر بهره‌مندی از حقوق موجود به شمار می‌آید بلکه از نظر حاجبیت نیز موجود است. بنابراین حمل می‌تواند نقش حاجبیت را در مسأله مورد بررسی ایفا نماید.

در پاسخ می‌توان گفت در ماده ۹۵۷ قانون مدنی، سخن از «حقوق» برای حمل به میان آمده است حال آن‌که همان‌گونه که برخی از حقوق‌دانان (شهیدی، ۱۲۹؛ مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۳) به درستی بیان داشته‌اند، حاجبیت اخوه نسبت به مادر برای ایشان یک «حق» نمی-باشد، بلکه در زمره احکام قانونی قرار دارد.

در واقع اگر «حاجبیت اخوه» در زمره حقوق و از آن جمله در زمره حقوق مدنی قرار داشته باشد، استدلال به ماده مزبور موجه خواهد بود زیرا می‌توان گفت با توجه به حکم ماده ۹۵۷ نیاز به تصریح حاجبیت حمل در ماده ۸۹۲ نبوده است. لیکن پذیرش این مسأله با توجه به مفهوم واژگان «حق» امکان پذیر نیست. توضیح این‌که مقصود از «حق» امتیاز و نفع متعلق به شخص است[۱۱] حال آن‌که حجب اخوه نسبت به مادر امتیازی برای ایشان به ارمغان نمی‌آورد تا عنوان حق مدنی بر آن صادق باشد و حکم مندرج در ماده ۹۵۷ در مورد آن اجرا گردد.

نقد و بررسی ادله عدم حاجبیت حمل

گروهی از نویسندگان حقوقی (شهیدی، ۱۲۹؛ جعفری لنگرودی، ارث، ۱۴۴/۱-۱۴۳؛ همو، مجموعه محشی قانون مدنی، ۴۵۳؛ همو، وصیت- ارث، ۳۲۷؛ مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱-۱۸۰؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۴-۱۰۳؛ جوری، ۱۲۹) معتقدند برادر یا خواهر در صورتی که «حمل» باشد جزء نصاب شمارش نمی‌شود. بنابراین در زمان فوت متوفی باید

۱۱- برای ملاحظه تعریف حق رک. (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۴۴۲/۳؛ پور مولا، ۷۲- ۷۰).

از مادر متولد شده باشد. برای تبیین این نظر ادله‌ای ارائه شده که به گونه‌ای متناظر با ادله ارائه شده توسط قائلان به حاجبیت حمل است. در ذیل اشاره مختصر به ادله مزبور صورت می‌پذیرد:

آ- عدم صدق عرفی عنوان «برادر و خواهر» بر حمل

برخی از نویسندگان حقوقی (شهیدی، ۱۲۹؛ مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱-۱۸۰؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۳؛ جوری، ۱۲۹) نیز هم‌چون گروه پیش‌گفته از فقیهان برای اثبات عدم حاجبیت حمل، از عدم صدق عرفی عنوان «برادر و خواهر» بر حمل سخن گفته‌اند. حتی برخی از ایشان (مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱-۱۸۰؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۳) احتمال داده‌اند دلیل این‌که قانون مدنی نیز این شرط را صراحتاً مورد تنصیص قرار نداده همین باشد که شرط انفصال از شرط نخست، یعنی وجود برادر یا خواهر، استنباط می‌گردد.

طبیعی است این استدلال نقطه مقابل استدلال قائلان به حاجبیت حمل است که ادعای اطلاق عنوان برادر و خواهر بر حمل را نموده‌اند. بنابراین حداقل این است که قرار گرفتن حمل در زمره مصادیق برادر و خواهر در ماده ۸۹۲ قانون مدنی محل تردید و شبهه است و همین شبهه استدلال به عموم و اطلاق ماده مزبور برای حاجبیت حمل را منتفی می‌نماید.

البته لازم به ذکراست برخی از حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ارث، ۱۴۴/۱-۱۴۳) برای تقویت استدلال مبتنی بر عدم صدق عنوان برادر و خواهر (منعکس در ماده ۸۹۲ قانون مدنی) بر حمل، این نکته را افزوده‌اند که در بحث ارث و وصیت در مواردی که سخن از حمل و حقوق وی یا نقش آفرینی او است، شیوه و رسم قانون‌گذار تصریح به امر مزبور است؛ بنابراین سکوت قانون‌گذار و عدم تصریح وی در خصوص حاجبیت حمل بیانگر این است که ماده ۸۹۲ قانون مدنی نظر به حمل نداشته و منصرف از آن است.

ب- عدم شمول ماده ۹۵۷ بر مسأله حجب و ممنوع بودن قیاس حاجبیت با بهره‌مندی از حقوق مدنی

قائلان به نظریه عدم حاجبیت برای احتراز از تسری حکم ماده ۸۹۲ قانون مدنی در مورد حمل، از سویی به عدم شمول ماده ۹۵۷ قانون مدنی (که بهره‌مندی حمل از حقوق مدنی را مورد شناسایی قرار داده) بر مسأله حجب تصریح می‌نمایند. به اعتقاد ایشان (شهیدی، ۱۲۹؛ مصلحی عراقی، حجب در قانون مدنی، ۱۸۱؛ همو، حقوق ارث، ۱۰۳) حجب اخوه نسبت به مادر در زمره «حقوق مدنی» نیست تا حکم مندرج در ماده ۹۵۷ در مورد آن اجرا گردد. از

سوی قیاس حاجبیت حمل با بهره‌مندی وی از حقوق مدنی را ممنوع و فاقد وجه شبه معرفـی می‌نمایند (رک. شهیدی، ۱۲۹).

البته علاوه بر ادله فوق می‌توان همان‌گونه که در قسمت ادلـه فقهـی بیـان گردیـد، در حقـوق ایران نیز به استثنائی بودن حجب و اصل عدم حجب استناد نمود.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های به عمل آمده در این پژوهش مشخص گردید که مهم‌ترین ادلـه ارائـه شـده برای نظریه حاجبیت حمل نسبت به مادر در بحث حاجبیت اخوه، صدق عنوان برادر یا خواهر (اخوه) بر حمل و اصل عدم اشتراط تولد برای حاجبیت اخوه اسـت. لـیکن ادلـه مزبـور تـوان اثبات حاجبیت برای حمل را دارا نیست زیرا صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل، محل تردید است و تمسک به اطلاق و عموم ادله در شبهات مفهومیه و مصداقیه امکان‌پذیر نیست. اسـتناد به اصل عدم اشتراط نیز با توجه به مسلم نبودن صدق عنوان اخوه بر حمل امکان پذیر نیسـت. ادله ارائه شده برای نظریه عدم حاجبیت حمل عبارت است از: اجمـاع منقـول، شـهرت عظـیم فتوایی، عدم صدق عنوان برادر یا خواهر بر حمل، روایت علاءبن فضیل، اصل عـدم حجـب و فقدان علت حاجبیت اخوه در مورد حمل. در این میان استناد به اجماع، شهرت و فقدان علـت حاجبیت در مورد حمل به عنوان دلیل مستقل قابل پذیرش نیست زیرا علاوه بـر اینکـه وجـود اجماع محل تردید است، اجماع مزبور بر فرض وجود، اجماع مـدرکی اسـت و از ایـن حیـث دارای اعتبار مستقل به شمار نمی‌آید، شهرت نیز به به تنهایی دلیل معتبری نیسـت و آن‌چـه بـه عنوان علت در مورد حجب اخوه بیان شده است، حکمتی بیش نیست. بنـابراین از نظـر فقهـی آن‌چه بیشتر می‌تواند نظریه عدم حاجبیت حمل نسبت به مادر را بـه اثبـات رسـاند، عـلاوه بـر تردید در صدق عنوان اخوه بر حمل، استناد به روایت علاء بن فضیل و نیـز تمسـک بـه اصـل عدم حجب است. با این وصف نظریه عدم حاجبیت حمل که با شهرت عظیم فقهی نیـز تأییـد می‌گردد، اقوی به نظر می‌رسد. از نظر حقوق موضوعه ایران نیز به نظر مـی‌رسـد نظریـه عـدم حاجبیت از قوت استدلالی بیشتری برخوردار است زیرا از سویی، صدق عنوان برادر و خـواهر بر حمل و نیز تمسک به اطلاق ماده ۸۹۲ در این خصوص مشکوک است و همین امر استناد به موارد مزبور را با اشکال روبرو می‌نماید. از سوی دیگر، استناد به ماده ۹۵۷ قانون مدنی نیـز روا نیست زیرا حاجبیت برای حمل حقی مدنی به شمار نمی‌آید تا از رهگـذر اجـرای آن امتیـازی

برای حمل پدید آید. به علاوه حاجبیت مسأله‌ای استثنائی است و در موارد استثنائی باید به قدر متیقن اکتفا نمود. هم‌چنین شهرت نظریه عدم حجب و ادله آن در فقه امامی به گونه‌ای است که دست برداشتن از آن دشوار است. به ویژه این‌که بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، در موارد سکوت و اجمال قوانین باید به منابع معتبر الاسلامی مراجعه نمود و همان‌گونه ملاحظه گردید با مراجعه به منابع معتبر فقهی و ملاحظه ادله اقامه شده برای هر دو نظریه، جای شک و تردید باقی نمی‌ماند که نظریه حاجبیت از اعتبار لازم برخوردار نبوده و عدم حاجبیت حمل مطابق با اصول است. در عین حال پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران برای برطرف نمودن هرگونه تردید در مورد حاجبیت یا عدم حاجبیت حمل، به وضوح عدم حاجبیت حمل در بحث حاجبیت اخوه را مورد تصریح و تنصیص قرار دهد.

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه، محمدبن علی، ***من لا یحضره الفقیه***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ق.

ابن فهد حلي، احمد بن محمد، ***المهذب البارع***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ق.

اراکی، محمد علی، ***رسالتان فی الإرث ونفقة الزوجة***، قم، مؤسسة در راه حق، ۱۴۱۳ق.

اصفهانی، ابوالحسن، ***وسیلة الوصول إلی حقائق الأصول***، تقریرات توسط حسن سیادتی سبزواری، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.

اصفهانی، محمد حسین، ***نهایة الدرایة فی شرح الکفایة***، قم، انتشارات سید الشهداء (ع)، ۱۳۷۴.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، تهران، انتشارات کتابفروشی الاسلامیه، ۱۳۸۶.

امامی، مسعود، «اجماع مدرکی»، ***فصلنامه فقه اهل بیت***، شماره ۶۰، زمستان ۱۳۸۸، صص ۱۳۲-۱۱۰.

انصاری، محمد علی، ***الموسوعة الفقهیة المیسرة***، بی‌جا، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***فرائد الأصول***، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.

انصاری شیرازی، قدرت الله و دیگران، ***موسوعة أحکام الأطفال و أدلتها***، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ق.

آبی، حسن‌بن ابی طالب، ***کشف الرموز فی شرح المختصر النافع***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی،

۱۴۱۰ق.

آخوند خراساني، محمد کاظم بن حسين، **کفاية الأصول**، قم، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۹ق.

آل عصفور، حسین بن محمد، ***الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع***، قم، مجمع البحوث العلمية، بی‌تا.

بحر العلوم، محمد بن محمد تقي، ***بلغه الفقيه***، تهران، انتشارات مكتبة الصادق، ۱۴۰۳ق.

پورمولا، سید محمد هاشم، «حق و حکم در فقه امامیه»، ***پژوهش‌نامه حقوق الاسلامی***، دانشگاه امام صادق (ع)، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰، صص۸۶-۶۵.

ترحینی عاملی، سید محمد حسین، ***الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة***، قم، دارالفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ق.

جعفری بهزادکلائی، محسن، ***شرط وجود وارث در تحقق ارث***، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)، ۱۳۸۹.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ***دوره حقوق مدنی: ارث***، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.

______________، ***مجموعه محشی قانون مدنی***، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.

______________، ***وصیت- ارث***، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.

جمعی از پژوهشگران، ***موسوعة الفقه الاسلامی طبقا لمذهب أهل البیت علیهم السلام***، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۳ق.

جوری، محمد اسحاق، ***ارث با نگاهی تطبیقی (حقوق، مذاهب پنجگانه اسلام، مسیحی، کلیمی، زرتشتی)***، تهران، انتشارات دفتر علم، ۱۳۹۰.

حائری، عبد الکریم، ***درر الفوائد***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی‌تا.

حر عاملی، محمدبن حسن، ***وسائل الشیعه***، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، بی‌تا.

______________، ***هدایة الأمة إلی أحکام الأئمة (ع)***، مشهد، انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۴۱۴ق.

حکیم، محسن، ***حقائق الأصول***، قم، مکتبة بصیرتی، ۱۴۰۸ق.

خمینی، روح‌الله، ***تحریر الوسیله***، قم، مؤسسة مطبوعات دار العلم، بی‌تا.

______________، ***حاشیه بر رساله ارث ملاهاشم خراسانی***، بی‌جا، انتشارات مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۸۵.

خویی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهه***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

ـــــــــــــــ، ***معجم رجال الحدیث***، بی‌جا، بی‌نا، ۱۴۱۳ق.

روحاني، محمدصادق، ***فقه الصادق علیه السلام***، قم، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ق.

زین‌الدین، محمد امین، ***کلمة التقوی***، قم، بی‌نا، ۱۴۱۳ق.

سبزواری، عبد الأعلی، ***مهذّب الأحکام***، قم، مؤسسة المنار، ۱۴۱۳ق.

سیفی مازندرانی، علی اکبر، ***مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیة الأساسیة***، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ق.

شوشتري، محمدتقي، ***النجعة فی شرح اللمعة***، تهران، کتابفروشی صدوق، ۱۴۰۶ق.

ـــــــــــــــ، ***قاموس الرجال***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.

شهید اول، محمد بن مکی، ***الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.

ـــــــــــــــ، ***اللمعه الدمشقیه***، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۱ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه***، بی‌جا، انتشارات جامعه النجف الدینیه، بی‌تا.

ـــــــــــــــ، ***مسالک‌الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام***، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۸ق.

شهیدی، مهدی، ***ارث***، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام***، تهران، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸.

صدر، محمد صادق، ***ماوراء الفقه***، بی‌جا، المحبین للطباعة والالنشر، ۱۴۲۷ق.

صیمری، مفلح بن حسن، ***غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام***، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ق.

طباطبایی قمی، تقی، ***مبانی منهاج الصالحین***، قم، منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ق.

طباطبائي کربلايي، علي بن محمدعلي، ***رياض المسائل***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.

طوسی، محمد بن حسن، ***المبسوط فی فقه الإمامیة***، تهران، المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.

ـــــــــــــــ، ***تهذیب الأحکام***، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷ق.

عاملي غروي، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلاّمة***، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، بی‌تا.

عدل، مصطفی، ***حقوق مدنی***، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۸۵.

عراقی، ضیاء الدین، ***تنقیح الأصول***، تقریرات توسط سید محمد رضا طباطبائی، نجف، المطبعة الحیدریة، ۱۳۷۱ق.

______، ***مقالات الأصول***، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.

______، ***نهایة الأفکار***، تقریرات توسط محمد تقی بروجردی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تبصره المتعلمین***، تهران، انتشارات فقیه، ۱۳۶۸.

______، ***تحریر الاحکام***، بی‌جا، مؤسسة امام صادق (ع)، ۱۴۲۲ق.

______، ***قواعد الاحکام***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.

______، ***مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة***، قم، دفتر انتشارات الاسلامی، ۱۴۱۳ق.

علی‌یاری غروی، مولی‌علی، ***إیضاح الغوامض فی تقسیم الفرائض***، قم، بنیاد فرهنگ اسلامی، ۱۴۲۱ق.

فاضل لنکرانی، محمد، ***تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة- الطلاق و المواریث***، قم، مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع)، ۱۴۲۱ق.

______، ***القواعد الفقهیة***، قم، بی‌نا، ۱۴۱۶ق.

______، ***تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة- الإجارة***، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۴ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، ***کنز العرفان فی فقه القرآن***، قم، انتشارات مرتضوی، ۱۴۲۵ق.

فاضل هندي، محمد بن حسن، ***کشف اللثام***، قم، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی و مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، ***ایضاح الفوائد***، بی‌جا، مؤسسة اسماعیلیان، ۱۳۸۹ق.

فیض کاشاني، محمد بن شاه مرتضي، ***مفاتیح الشرائع***، بی‌جا، مجمع الذخائر الالاسلامیة، ۱۴۰۱ق.

قافی، حسین و سعید شریعتی فرانی، ***اصول فقه کاربردی***، قم و تهران، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات سمت، ۱۳۹۰.

قبله‌ای خویی، خلیل، «بررسی احکام فقهی و حقوقی حجب و حاجبین و محجوبین»، ***فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری***، شماره ۲۳ و ۲۴، ۱۳۸۰، صص۱۳۵-۱۱۳.

______، «بررسی احکام فقهی و حقوقی حمل و جنین»، ***فصلنامه دیدگاه‌های***

حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۲، تابستان ۱۳۷۵، صص ۸۶–۵۷.

_______________، ***ارث***، تهران، سمت، ۱۳۸۹.

کاتوزیان، ناصر، ***دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از شفعه ـ وصیت ـ ارث***، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶.

_______________، ***دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ ارث***، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹.

_______________، ***فلسفه حقوق***، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.

_______________، ***قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی***، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹.

کاشف الغطاء، عباس، ***الفوائد الجعفرية***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

گنجوی، محمد تقی، ***ارث در اسلام***، بی‌جا، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات الاسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۰.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، ***ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار***، قم، مکتبة آية الله المرعشی، ۱۴۰۷ق.

مجلسي، محمدتقي بن مقصودعلي، ***روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه***، قم، مؤسسة فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ق.

محقق حلی، جعفربن حسن، ***المختصر النافع في فقه الإمامية***، قم، مؤسسة المطبوعات الدينية، ۱۴۱۸ق.

_______________، ***شرائع الإسلام***، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ق.

محقق سبزواري، محمدباقر بن محمدمؤمن، ***كفايه الاحكام***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.

محمدی، ابوالحسن، «اجماع»، ***مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی***، دانشگاه تهران، شماره ۱۰ و ۱۱، تابستان و پائیز ۱۳۵۱، صص ۱۵۸–۱۴۸.

_______________، ***مبانی استنباط حقوق الاسلامی یا اصول فقه***، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.

مصلحی عراقی، علی حسین، «حجب در قانون مدنی»، ***مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی***، دانشگاه تهران، شماره ۶۴، تابستان ۱۳۸۳، صص ۱۸۵–۱۵۵.

_______________، ***حقوق ارث***، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۰.

مظفر، محمدرضا، ***أصول الفقه***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی‌تا.

مقدس اردبيلي، احمد بن محمد، ***مجمع الفائدة و البرهان***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.

مکارم شیرازی، ناصر، ***کتاب‌النکاح***، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه‌السلام، ۱۴۲۴ق.

موسوی بجنوردی، محمد، علم اصول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.

موسوی اردبیلی، عبد الکریم، ***فقه الحدود و التعزیرات***، قم، مؤسسة الالنشر لجامعة المفید رحمه الله، ۱۴۲۷ق.

موسوي خوانساري، احمد، ***جامع المدارک***، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، ***قوانین الأصول***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

نراقی، احمدبن محمد مهدی، ***مستند الشیعه***، قم، مؤسسة آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۹ق.

نمازی شاهرودی، علی، ***مستدرکات علم رجال الحدیث***، تهران، ۱۴۱۵ق.

نوبخت، حسین، ***شیوه‌های تفسیر قوانین مدنی***، تبریز، انتشارات فروزش، ۱۳۸۸.